La vulneración del interés superior del niño en casos de adopciones internacionales a la luz de la nueva Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles

Sebastián Abad Jara,
estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito (USFQ),
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: sebastian.abadj@gmail.com

Carlos Paredes,
estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Universidad San Francisco de Quito (USFQ),
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 17091, Ecuador.
Correo electrónico: carlos.paredesmendi@gmail.com

Recibido/Received: 26/02/2017
Aceptado/Accepted: 27/08/2017

Resumen
La nueva Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, vigente desde el año 2016, regula el marco de registro de identidad y datos de todos los ecuatorianos y extranjeros residentes en el país, en los que se encuentran las relaciones jurídicas de ellos. El artículo 46 de esta Ley trata específicamente sobre las adopciones y su proceso de inscripción en el Ecuador; con respecto a ello, este prescribe, en su parte pertinente, que "[e]n cualquier caso, la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo"1. En el presente artículo se pretende demostrar la vulneración del interés superior del niño por la restricción a parejas del mismo sexo, tanto ecuatorianas como extranjeras, de adoptar y registrar sus adopciones en el Ecuador. Además, se esgrimen los argumentos binarios y heteronormativos de los cuales las autoridades se valen para justificar dicha restricción. De igual manera, se busca conectar este concepto con dos derechos fundamentales de los niños: a la identidad y a la familia.

Palabras clave
Interés superior del niño; Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles; adopción; derecho a la identidad; protección a la familia; heteronormatividad; igualdad y no discriminación; igualdad de género; identidad.

1 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Artículo 46. Registro Oficial No. 684 del 4 de febrero de 2016.

The violation of the best interest of the child in cases of international adoptions in the light of the new Organic Law on Identity and Civil Data Management

Abstract
The recently approved Organic Law of Identity and Civil Data Management, in force since 2016, regulates the framework of registration of indentity and data of every ecuadorian and foreigners which reside in Ecuador. With respect to this, it prescribes in its pertinent part that "in any case, the adoption shall only be for couples of different sex".
This article intends to demonstrate the violation of the best interest of the child by the restriction to same-sex couples to adopt or to register international adoptions in Ecuador, and wields the binary and heteronormative arguments used by competent authorities to justify this restriction. In the same way, it seeks to connect this important concept with respect to two fundamental rights of children; their right to identity and their right to family.

Keywords
Superior Interest of the Child; Organic Law of Identity and Civil Data Management; Adoption; Right to Identity; Right to Family; Heteronormativity; Equality and Non-Discrimination; Gender Equality; Identity.

1.Introducción

El jueves 4 de febrero de 2016, se publicó en el Registro Oficial la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles[2], catalogada por varios sectores como un "avance" en la protección de los derechos de las minorías, puesto que "garantiza los derechos de las mujeres, los grupos LGBTIQ, los ecuatorianos residentes en el Ecuador y los extranjeros que viven en el Ecuador"[3].
Este cuerpo normativo regula temas como inscripción y registro de matrimonios, uniones de hecho, defunciones, adopciones, entre otros.
Sin embargo, la Ley en análisis presenta un aspecto de gran preocupación, pues la adopción se sigue restringiendo solamente a parejas heterosexuales[4]. Impedimento en cuestión que en varios países se ha eliminado, como en Bélgica, Dinamarca, España, ciertas partes de Estados Unidos, Argentina[5], entre otros, buscando que en dichas legislaciones el hecho de acceder a la adopción y formar una familia sea un derecho universal.
A pesar de lo anterior, en Ecuador, sin perjuicio del progreso obtenido en materia de derechos LGBTIQ[6] en los últimos años, la restricción se mantiene bajo argumentos alejados de la reali-

2 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Registro Oficial No. 684 del 4 de febrero de 2016.
3 Andes. *Asamblea del Ecuador aprueba Proyecto de Ley que garantiza la identidad de género*. 10 de diciembre de 2015. //www.andes.info.ec/es/noticias/asamblea-ecuador-aprueba-proyecto-ley-garantiza-identidad-genero.html (acceso: 09/05/2017).
4 En la ley derogada por el cuerpo normativo analizado, la Ley Orgánica de Registro Civil, Identificación y Cedulación, no existía referencia expresa a la heterosexualidad de la pareja adoptante; sin embargo, en sus disposiciones constaba claramente la distinción, siendo "mujer y marido" los que harían la marginación en las partidas de nacimiento del adoptado.
5 *Cfr*. Carroll, Aengus, e Itaborahy, Lucas Paoli. *Homofobia de Estado: Un estudio mundial jurídico sobre la criminalización, protección y reconocimiento del amor entre personas del mismo sexo,* Décima Edición. International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, 2015, p. 47.
6 Las siglas corresponden a la comunidad de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersex y *queer*.

dad y de los avances científicos de la actualidad. Asimismo, existe la intención de perpetuar una visión heterosexista y binaria de la sociedad.

En el presente trabajo, se pretende focalizar el proceso para registrar o realizar adopciones nacionales e internacionales, de modo que se pueda analizar cómo el requisito de heterosexualidad para la adopción se configura como una limitación discriminatoria contra las parejas LGBTIQ, al no cumplir los requisitos elementales dentro de un test de restricción de derechos.

Una vez examinado lo anterior, se procura demostrar que efectivamente existe una violación al interés superior de los niños y adolescentes, pues se los priva de derechos que les son inherentes, como el derecho a la identidad y el derecho a la familia, bajo argumentos históricos falaces y moralistas que no responden a la realidad.

Por consiguiente, se hará un análisis normativo de los derechos de los niños y niñas; así como de los deberes a los que el Estado está obligado a cumplir para respetar y prevenir violaciones de derechos humanos.

De tal modo, en este estudio se podrá realizar un test de restricción de derechos observando si la limitación impuesta a las parejas LGBTIQ para formar una familia, así como a los niños para gozar de una identidad e igualmente de una familia, son legítimas, necesarias y proporcionales a los fines que el Estado busca alcanzar.

2. Interés superior del niño

Para analizar cómo los derechos de los niños se ven afectados por la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles (en adelante, LOGIDC), es necesario entender las implicaciones del interés superior del niño, mediante un análisis de la recepción normativa que ha tenido este principio/derecho, así como también de las obligaciones que surgen para los Estados al momento de tratar una situación que involucra niños, niñas o adolescentes.

El interés superior del niño se encuentra prescrito en el Principio II de la Declaración de los Derechos del Niño[7], en los artículos 5 y 16 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer[8], y en el artículo 3 de la Convención Internacional

---

7 Declaración de los Derechos del Niño (1959). Principio II.
Principio II.- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atendrá será el interés superior del niño.

8 Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). Artículos 5 y 16.
Artículo 5.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.
Artículo 16.- 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.

sobre los Derechos del Niño, el cual prescribe en su parte pertinente que:

> En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño** (énfasis añadido)[9].

Si bien es cierto que no se da una definición como tal sobre este principio, lo cual, en palabras de Miguel Cillero Bruñol, "[…] impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica"[10], en reiteradas normas de esta última Convención (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) se alude al interés como el rector de políticas públicas de un Estado. Para poder efectivamente cumplir con lo dispuesto previamente, se ha reconocido que es esencial que los niños, por ser vulnerables, deben tener medidas especiales de protección, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia[11].

Adicionalmente, la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño establece que "sobre [los] derecho[s] del niño [en su aplicación] su interés superior [debe ser] una consideración primordial"[12]. En el cuerpo normativo anteriormente citado, se recuerda que el concepto del interés superior del niño es asegurar el "[…] disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño"[13].

Además, resalta que todo instrumento —sea nacional o internacional— que incorpore el interés superior del niño debe considerar que los derechos —más aun los fundamentales— no son susceptibles de ser jerarquizados ya que "[…] todos los derechos previstos responden al interés superior […]"[14]. En consecuencia, ninguna norma podría ser interpretada de manera negativa y en perjuicio de este principio, tal como lo ha dicho el mismo Comité en la Observación General No. 13, "[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención"[15].

En tal sentido, es importante además destacar las obligaciones que surgen para el Estado, detalladas en la Observación General No. 14 pero que tienen su origen en la Convención. Entre ellas se encuentra el deber de asegurar que el interés superior del niño se incluya y aplique en "[…] todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños"[16].

Además, en estas medidas debe estar contenido expresamente el interés superior, justificando "[…] cómo se ha examinado y evaluado […], y la importancia que se le ha atribuido en la

---

9 Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 3.1.

10 Cillero Bruñol, Miguel. "El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". *Justicia y Derechos del Niño* UNICEF 1 (1999), p. 46. https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf (acceso:09/05/2017).

11 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *OC-17/2002*. Párrafo 61.

12 Comité de los Derechos del Niño. Observación General *CRC/C/GC/14, (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).*

13 *Id*., párrafo 4.

14 *Ibídem*.

15 Comité de los Derechos del Niño. Observación General *CRC/C/GC/13. (2011) sobre el Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*. Párrafo 61.

16 Comité de los Derechos del Niño. Observación General *CRC/C/GC/14. (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Párrafo 14, literal a).

decisión"[17]. Por último, la obligación de los Estados de que el interés superior haya sido tomado en cuenta en las decisiones (tanto del sector privado como del sector público) en las que existiría una potencial afectación a niños[18].

Por otro lado, a nivel constitucional y en atención al bloque de constitucionalidad[19] que rige en nuestro sistema normativo, la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 44, se refiere a este principio al establecer que:

> El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales[20].

Igualmente, el Código de la Niñez y Adolescencia, en los artículos 11, 14 y 22, prescribe, en lo principal que:

> Art. 11.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (…)
>
> El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.
>
> Art. 14.- (…) Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.
>
> Art. 22.- (…) El Estado, la sociedad y la familia deben adoptar prioritariamente medidas apropiadas que permitan su permanencia en dicha familia. Excepcionalmente, cuando aquello sea imposible o contrario a su interés superior, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a otra familia, de conformidad con la ley. (…)

Si bien el interés superior del niño no se encuentra definido como tal, este principio ha sido traducido a "una visión infantocéntrica o puerocéntrica"[21], lo que implica que todo niño debe ser protegido por sobre todo y con preferencia de cualquier persona o institución, prevaleciendo siempre la protección integral de sus derechos[22].

---

17 *Id.*, párrafo 14, literal b).

18 *Cfr. Id.*, párrafo 14, literal c).

19 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 426. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.
Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

20 *Id.*, artículo 44.

21 López Contreras, Rony Eulalio. "Interés Superior de los niños y niñas: Definición y contenido". *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (2015), p. 56.

22 *Cfr*. Aguilar Cavallo, Gonzalo. "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Estudios Constitucionales*, vol. 6, No. 1. Centro de estudios constitucionales de Chile (2008), p. 244.

En conclusión, tal como la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en la Opinión Consultiva No. 17, es posible sostener que el contenido básico de este principio es asegurar los derechos de los niños, de modo que se pueda promover el libre desarrollo de su personalidad[23].

3. Contenido normativo de la adopción

A nivel normativo interno, la adopción se encuentra definida en el artículo 314 del Código Civil, y se entiende como "una institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado"[24]. Es decir, se crea una relación exactamente igual a la de un padre biológico con su hijo.

Sin embargo, el Código de la Niñez y Adolescencia profundiza este concepto en los artículos 151 y 152, al establecer:

> Art. 151.- Finalidad de la adopción. - La adopción tiene por objeto garantizar una familia idónea, permanente y definitiva al niño, niña o adolescente que se encuentren en aptitud social y legal para ser adoptados.
>
> Art. 152.- Adopción plena. - La ley admite solamente la adopción plena, en virtud de la cual se establecen entre el o los adoptantes y el adoptado todos los derechos, atributos, deberes, responsabilidades, prohibiciones, inhabilidades e impedimentos propios de la relación parento filial. En consecuencia, jurídicamente el hijo adoptivo se asimila en todo al hijo consanguíneo[25].

Estos artículos dan un contexto al citado artículo 314 del Código Civil, estableciendo que la adopción como tal es una institución que vela por quien va a ser adoptado, y que tiene como objetivo el garantizar una familia e identidad al niño, formando las mismas relaciones entre este y el adoptante como las formadas por un hijo y su padre biológico.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, no se aporta una nueva definición de adopción, o constan los elementos de la misma; sin embargo, sí se establecen los requisitos para proceder con el registro de la adopción, lo cual será explicado a continuación.

3.1 Requisitos para la adopción

En el artículo 159 del Código de la Niñez y Adolescencia se establecen los requisitos necesarios que debe cumplir la pareja adoptante. Al respecto, el artículo prescribe:

> Art. 159.- Requisitos de los adoptantes. - Los candidatos a adoptantes deben cumplir los siguientes requisitos: 1. Estar domiciliados en el Ecuador o en uno de los estados con los cuales el Ecuador haya suscrito convenios de adopción; 2. Ser legalmente capaces; 3. Estar en pleno ejercicio de los derechos políticos; 4. Ser mayores de veinticinco años. 5. Tener una diferencia de edad no menor de catorce ni mayor de cuarenta y cinco años con el adoptado. La diferencia mínima se reducirá a diez años cuando se trate de adoptar al hijo del cónyuge o conviviente, en los casos de unión de hecho que cumpla con los requisitos legales. Estas limitaciones de edad no se aplicarán a los casos de adopciones entre parientes. Tratándose de parejas, los límites de edad se aplicarán al cónyuge, o conviviente más joven; **6. En los casos**

23 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva *OC-17/2002*. Párrafo 56.
24 Código Civil. Artículo 314. Registro Oficial Suplemento No. 46 del 24 de junio de 2005.
25 Código de la Niñez y Adolescencia. Artículos 151 y 152. Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003.

> **de pareja de adoptantes, ésta debe ser heterosexual y estar unida por más de tres años, en matrimonio o unión de hecho que cumpla los requisitos legales**; 7. Gozar de salud física y mental adecuada para cumplir con las responsabilidades parentales; 8. Disponer de recursos económicos indispensables para garantizar al adoptado la satisfacción de sus necesidades básicas; y, 9. No registrar antecedentes penales por delitos sancionados con penas de reclusión (énfasis añadido)[26].

En relación con este artículo, la Constitución de la República, que entró en vigencia con posterioridad a esta Ley, en su artículo 68 impone con rango constitucional el requisito de heterosexualidad de los adoptantes, al prescribir que "la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo"[27].

Como consecuencia de lo dispuesto en ambos cuerpos normativos, en la nueva Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles se regula no solo la adopción *per se,* sino el registro de dichas adopciones:

> Art. 46.- Inscripción y registro de adopciones nacionales e internacionales. Para que proceda la inscripción y registro de una adopción será necesaria la sentencia del juez competente, quien para el efecto, deberá observar los preceptos constitucionales y legales. La inscripción y registro de la adopción generará una nueva inscripción de nacimiento, en la que no se mencionará tal circunstancia, con la cancelación previa de la inscripción original, mediante un registro que dé cuenta de la adopción y mantenga el número único de identificación (NUI) inicial asignado en el certificado estadístico de nacido vivo. La inscripción y registro de las adopciones se efectuarán ante la misma autoridad de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación que es competente para las inscripciones de nacimientos en general. Cualquier acto o disposición normativa contraria a la presente disposición será nula. Para la inscripción y registro de una adopción realizada en el exterior por personas ecuatorianas o residentes permanentes en el Ecuador, se requerirá la sentencia homologada de la adopción o la resolución del acto administrativo cuando corresponda conforme a las leyes del país en el que se realizó la adopción siempre que no contravenga a lo dispuesto en la legislación ecuatoriana. **En cualquier caso, la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo** (énfasis añadido).

En el artículo 46, se repite el requerimiento impuesto por el Código de la Niñez y Adolescencia y en la Constitución de la República del Ecuador, que imposibilita las adopciones tratándose de parejas del mismo sexo. Se genera así un problema legal para los adoptantes, puesto que se les priva de un derecho ya reconocido por otras legislaciones a parejas LGBTIQ (*supra,* página 1*).* Además, se deja sin una respuesta clara a los niños, pues no gozan de una identidad, al no permitirles llevar el apellido de sus dos padres o madres, ni son parte —legalmente— de una familia ya que la adopción que fue realizada en el extranjero no puede ser homologada en el Ecuador.

4. La nueva Ley de Gestión de Identidad y Datos Civiles, y las adopciones internacionales

Para evidenciar la vulneración al interés superior del niño con la Ley promulgada el 4 de febrero de 2016, se debe entender por qué esta norma perpetúa el requisito de heteroparentalidad, ya sea en las adopciones o en el registro de ellas.

A efectos de situar al lector en el caso específico de las adopciones internacionales, vale distinguirlas de las adopciones realizadas en el territorio ecuatoriano. El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece un concepto de adopciones internacionales:

26 *Id*., artículo 159.
27 Constitución de la República del Ecuador. Ó*p. cit*., artículo 68.

> Art. 180.- Concepto.- Se considera adopción internacional aquella en la que los candidatos a adoptantes, cualquiera sea su nacionalidad, tienen su domicilio habitual en otro Estado con el que el Ecuador haya suscrito un convenio de adopción; así como aquella en la que el o los candidatos a adoptantes son extranjeros, domiciliados en el Ecuador por un tiempo inferior a tres años.
> En caso de no estar domiciliado en su país de origen, el solicitante deberá acreditar una residencia mínima de tres años en otro país con el que el Ecuador haya suscrito un convenio de adopción[28].

Es decir, la adopción internacional, en el ordenamiento ecuatoriano, es aquella en la que los candidatos a adoptantes tienen una nacionalidad distinta a la ecuatoriana; o, teniendo incluso nacionalidad ecuatoriana, si tienen su domicilio en un país ajeno al Ecuador; o cuando los adoptantes, siendo extranjeros, viven en el Ecuador por un tiempo menor a tres años. En tal definición también se observa el caso de adoptantes y adoptado extranjeros que, una vez realizada la adopción, deciden vivir en el Ecuador y registrar la adopción para que se desprendan todos los derechos y obligaciones derivados de ella.

4.1 Heteroparentalidad en las adopciones

Una vez que se ha observado que por la vía constitucional y legal se imposibilita las adopciones a las parejas del mismo sexo y, en su defecto, la inscripción de aquellas para tales parejas, ahora nos centraremos en el fundamento de por qué normativamente se impone este requisito.

4.1.1. Fundamentos y contradicciones

En general, se parte de la idea de que el interés superior del niño, en los términos previamente expuestos, se vería vulnerado si se permite que parejas del mismo sexo puedan adoptar. Justamente, porque bajo la visión binaria y heterosexista que se mantiene, se considera que estos nuevos tipos de familia no son aptos y no están en condiciones de adoptar[29]. Esta situación se da porque "[l]a heteronormatividad […] [es una] estructura de poder [que] asume que las capacidades biológicas, morales y legales de ser padres y madres se convierte en regla en las parejas heterosexuales […] [y] [l]as personas LGBTIQ se construyen fuera de esos vínculos […]"[30.]

En términos psicológicos, el fundamento se asocia con la idea de que la diversidad sexual es una enfermedad, causada en su mayoría —sino en su totalidad— por relaciones padre-hijo disfuncionales[31]. Por ello, al considerarlas como personas enfermas, no podrían, bajo sus propios medios, cuidar de la vida de un niño o niña[32].

Como consecuencia de las consideraciones antes mencionadas, este miedo social se ha visto reiterado en otros países latinoamericanos, entre los cuales resalta Chile, en el caso *Atala Riffo v.*

---

28 Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 180. Registro Oficial No. 737 del 3 de enero de 2003.

29 Traducción libre. *Cfr*. Rekers, George. *Review Of Research On Homosexual Parenting, Adoption, And Foster Parenting*. National Association for Research and Therapy of Homosexuality, 2004, p. 79.

30 Vaggione, Juan Marco. "Las familias más allá de la heteronormatividad". En Motta, Cristina y Sáenz, Macarena. *La Mirada de los jueces. Tomo 2: Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2008, p. 45.

31 Traducción libre. *Cfr*. Bailey, J. Michael, *et al*. *Sexual Orientation, Controversy and Science*. Association for Psychological Science 17/2 (2016), p. 85.

32 Traducción libre. *Cfr*. Rekers, George. *Review Of Research On Homosexual Parenting… Óp. cit*., p. 48. .

Chile[33] ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el cual el Estado defiende su decisión de privar a la Sra. Atala Riffo de la custodia de sus hijas, en razón de su orientación sexual, ya que las implicaciones que pudiese tener este factor en la crianza de ellas no es compatible con el interés superior del niño. De modo que se indica que:

> [n]o es efectivo que el fundamento de las referidas resoluciones fuera la orientación sexual de la madre ni su sola expresión. Por el contrario, del tenor de las mismas se desprende […] que su fundamento fue el interés superior del niño, y que en dicho contexto, la orientación sexual de la demandada fue considerada, entre otras circunstancias, en la medida que su expresión tuvo efectos concretos adversos al bienestar de las niñas[34].

De la cita anterior, queda clara la posición para impedir el acceso a la adopción a parejas LGBTI. A ojos de la sociedad y plasmado en las leyes por los legisladores, el hecho de que una persona tenga una sexualidad diversa sería atentatorio contra el interés superior del niño, pues "la pareja heterosexual se presenta ante el ordenamiento como el modelo para la estabilidad, el bienestar y la protección de l@s niñ@s que serán adoptad@s, y que la pareja no heterosexual no es apta para criar nin@s"[35]. Esta presunción se ha generado porque se considera que los gustos sexuales de los padres se van a ver reflejados sobre los hijos, lo cual daría una crianza sesgada hacia una orientación sexual definida y, por tanto, se limita la educación, crianza y desenvolvimiento de los niños y niñas[36]. Hay que considerar que para estas posiciones histórica y culturalmente conservadoras, se torna como "antinatural" el hecho de que un niño o una niña pueda tener dos padres o dos madres, puesto que se piensa que este tipo de relaciones se generan por un desorden psicológico, en donde se busca distorsionar el *statu quo* de la familia "clásica", de sus propósitos y orientación[37].

Dicha posición es defendida férreamente por sectores tradicionalistas, representados en gran parte por organizaciones religiosas, quienes consideran —como ya se mencionó— que las parejas LGBTI no son aptas para adoptar. La ausencia de la bipolaridad sexual crea obstáculos para el desarrollo normal de los niños eventualmente integrados en estas uniones, al promover un desconcierto en los niñas y niñas, pues se estaría suscitando una confusión de roles[38].

Por ende, de acuerdo con esta visión no es posible que existan dos hombres que críen a un niño, pues a este le estaría faltando el innegable e importante aporte que otorgan las madres al desarrollo, al considerar que tan solo una mujer puede llenar esos espacios. Es importante resaltar que, dada la influencia de la religión en la sociedad ecuatoriana, esta posición se ha vuelto generalizada y fuertemente defendida[39]; de modo que aún no ha existido la fuerza para que, mediante

33 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Atala Riffo v. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012. Párrafos 155, 178, 208 y 220. En el presente caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros aspectos, decidió que el Estado chileno vulneró los derechos de Karen Atala Riffo al trato igualitario ante la ley, a su vida privada y familiar, además de garantías judiciales y debido proceso, indicando que ninguna de las medidas tomadas a nivel interno tomó en cuenta los deseos de las hijas de la víctima, a pesar de que alegaban que dichas medidas se daban en su mejor interés.

34 *Id*., párrafo 61.

35 Falconí Trávez, Diego. *Discriminación en la norma del Código de la Niñez y Adolescencia que impide la adopción por parte de parejas GLBTT: Un ensayo desde los derechos de l@s niñ@s desde una perspectiva de género*. Tesina para obtener el título de abogado. Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2005, p. 23.

36 Traducción libre. *Cfr*. Rekers, George. *Review Of Research On Homosexual Parenting*… *Óp. cit.,* p. 80.

37 *Cfr*. *Id*. p. 74.

38 *Cfr*. Vaggione, Juan Marco. *Las familias más allá de la heteronormatividad*… *Óp. cit*., p. 48.

39 Traducción libre. *Cfr*. Rekers, George. *Review Of Research On Homosexual Parenting*… *Óp. cit.,* p. 3.

argumentos científicos y legales, se puedan ir destruyendo estos prejuicios y obstáculos que inhiben el ejercicio igual de derechos.

Sin embargo, esta presunción a la que llega la visión binaria y homofóbica del legislador carece de sustento, ya que la ciencia se ha encargado de confrontar estos argumentos con intensos estudios que han demostrado que "[…] la convivencia de menores de edad con padres homosexuales no afecta *per se*"[40]. Incluso, se ha llegado a la conclusión de que las parejas de personas del mismo sexo son igual de capaces de criar a niños que las parejas heterosexuales. La *American Psychological Association* ha puntualizado recurrentemente que:

> No existe una base científica para concluir que madres lesbianas o padres homosexuales son incapaces de ser padres con base en su orientación sexual… Por el contrario, los resultados de la investigación sugieren que padres y madres homosexuales son igual de capaces que los padres heterosexuales para proveer de un ambiente sano y de apoyo para sus hijos[41].

Lamentablemente, a pesar de que la ciencia ha refutado esta tendencia a "biologizar" la aptitud de ser padre solamente por la capacidad de reproducción y ha condenado la diversidad sexual bajo pretexto de una posible confusión de roles, persiste una fuerte tendencia a considerar que las personas LGBTI tienen menos derechos o son ciudadanos de segunda categoría; por lo cual, al exponer a niños a este tipo de discriminación, se atentaría contra su crianza y desarrollo integral[42]. Este miedo del legislador a la discriminación de la que pueda ser víctima el niño, así como otros tabúes, han hecho que se impida la adopción para estos grupos.

Empero, ante esta situación, que de acuerdo con una porción de la sociedad es considerada "legítima" al evitar que los niños se sientan discriminados por la orientación sexual de sus padres, ha sido refutada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual estableció que:

> [P]ara justificar una diferencia de trato y la restricción de un derecho, no puede servir de sustento jurídico la alegada posibilidad de discriminación social, probada o no, a la que se podrían enfrentar los menores de edad por condiciones de la madre o el padre. Si bien es cierto que ciertas sociedades pueden ser intolerantes a condiciones como la raza, el sexo, la nacionalidad o la orientación sexual de una persona, los Estados no pueden utilizar esto como justificación para perpetuar tratos discriminatorios[43].

5. El artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, y la vulneración del interés superior del niño

Una vez expuestos los fundamentos existentes que se han generalizado para que la adopción sea una prerrogativa exclusiva de parejas heterosexuales, y al entender sus principales contradicciones, ahora es necesario analizar cómo este requisito para la inscripción de las adopciones en el Ecuador tiene relevancia en adopciones internacionales. Esto, en virtud de que dicha exigencia no solo es discriminatoria para los padres sino también vulnera el interés superior del niño, específicamente en relación con los derechos a la identidad y la familia.

El artículo 46 de la Ley de Gestión de Identidad y Datos Civiles prescribe:

> Para que proceda la inscripción y registro de una adopción será necesaria la sentencia del juez

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Atala Riffo v. Chile*. *Óp. cit*., párrafo 128.
41 Traducción libre. Meezan, William y Rauch, Jonathan. "Gay Marriage, Same-Sex Parenting, and America's Children". Ohio: *Future Child* 15/2 (2005), p. 102.
42 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Atala Riffo v. Chile*. *Óp. cit*., párrafo 116.
43 *Id*., párrafo 119.

competente, quien para el efecto, deberá observar los preceptos constitucionales y legales. La inscripción y registro de la adopción generará una nueva inscripción de nacimiento, en la que no se mencionará tal circunstancia, con la cancelación previa de la inscripción original, mediante un registro que dé cuenta de la adopción y mantenga el número único de identificación (NUI) inicial asignado en el certificado estadístico de nacido vivo. La inscripción y registro de las adopciones se efectuarán ante la misma autoridad de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación que es competente para las inscripciones de nacimientos en general. Cualquier acto o disposición normativa contraria a la presente disposición será nula. Para la inscripción y registro de una adopción realizada en el exterior por personas ecuatorianas o residentes permanentes en el Ecuador, se requerirá la sentencia homologada de la adopción o la resolución del acto administrativo cuando corresponda conforme a las leyes del país en el que se realizó la adopción siempre que no contravenga a lo dispuesto en la legislación ecuatoriana. **En cualquier caso, la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo** (énfasis añadido)[44].

Esta norma tiene particular relevancia en las adopciones internacionales, pues hay que partir del hecho de que existe multiplicidad de legislaciones que, a la fecha, han eliminado este requisito y permiten la adopción a dichas parejas[45]; son notables los ejemplos desde principios del siglo XXI: 22 de 50 Estados de EEUU[46], Canadá[47], Uruguay[48], México[49], Argentina[50], Brasil, Colombia[51], Holanda[52], Suecia, Bélgica, Reino Unido, España, Francia, Dinamarca, Noruega, Finlandia, Islandia, Sudáfrica[53], Nueva Zelanda[54]. Este hecho representa un gran avance para alcanzar una verdadera igualdad en los derechos de las parejas LGBTIQ, y a su vez configura un inconveniente al momento de intentar homologar la adopción en países que no reconocen esta prerrogativa; pues además de no existir la figura, cada uno de estos países consideran diferentes supuestos y requisitos.

Lamentablemente en Ecuador se cierra esta posibilidad a nivel constitucional y legal, de modo que algo que debería ser tratado por medio del uso del derecho internacional privado escala al nivel de los derechos humanos, puesto que, en casos donde familias internacionales cuya adopción se haya realizado acorde a una ley extranjera y deseen venir al Ecuador de forma permanente no podrían registrar esa adopción bajo la normativa ecuatoriana, por lo cual no

---

44 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Ó*p. cit*., artículo 46.

45 *Cfr*. Carroll, Aengus y Itaborahy, Lucas Paoli. *Homofobia de Estado*… Ó*p. cit*., pp. 46-47.

46 *Cfr*. Family Equality Council. *Joint Adoption Laws*. Obtenido de: http://www.familyequality.org/get_informed/resources/equality_maps/joint_adoption_laws/

47 *Cfr*. Corte Suprema de Canadá. *Egan v. Canada. 2 S.C.R*. Expediente No.: 23636. Sentencia de: 1 de noviembre de 1995; y Adoption Council of Canada. *Frequently Asked Questions About Adoption*. Obtenido de: http://www.adoption.ca/faqs

48 *Cfr*. Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay. Ley No. 18.590. Obtenida de: https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2620686.htm

49 *Cfr*. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Derecho a la vida familiar de las parejas del mismo sexo". Tesis jurisprudencial 08/2017.

50 *Cfr*. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. Ley No. 24.779. Obtenida de: https://www.oas.org/dil/esp/Ley_de_Adopcion_Argentina.pdf

51 *Cfr*. Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-071 de 2015.

52 *Cfr*. Diario Oficial del Reino de los Países Bajos. *Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, No. 10*. 11 de enero de 2001. Acta de 21 de diciembre de 2000 enmendando el Libro Primero del Código Civil, sobre adopción de personas del mismo sexo. Obtenida de: https://media.leidenuniv.nl/legacy/Translation%20of%20Dutch%20law%20on%20adoption%20by%20same%20sex%20partners.pdf

53 *Cfr*. Parlamento de la República de Sudáfrica. Children's Act 38 of 2005. Obtenido de: http://www.hpcsa.co.za/Uploads/editor/UserFiles/downloads/legislations/acts/childrens_act_38_2005.pdf

54 Telesur. *Conozca los países donde se permite la adopción igualitaria*. 5 de noviembre de 2015. http://www.telesurtv.net/news/Conozca-los-paises-donde-se-permite-la-adopcion-igualitaria-20151105-0048.html (acceso: 09/05/2017).

pueden gozar de ningún derecho (especialmente los de identidad y de familia, como se verá más adelante). En el proceso de homologación y registro de la adopción homoparental extranjera, además de existir prohibición expresa, se da lo que en derecho internacional privado se conoce como institución desconocida[55].

En consecuencia, se impide la ejecución de una norma extranjera por no poder adecuarla con ninguna figura similar en el ordenamiento nacional.

Por consiguiente, a continuación, se realizará un análisis de cómo esta omisión vulnera el principio rector de los derechos del niño, centrándonos en dos efectos que atentan contra el interés superior del niño: violación al derecho a una identidad y al derecho a una familia.

5.1. Derecho a una identidad

El derecho de los niños a una identidad está tipificado a escala internacional en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño[56], y en el ámbito nacional se encuentra en el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador[57] y en el artículo 33 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia[58], ley especializada en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes. Hay que resaltar que este derecho está relacionado con las obligaciones del Estado de tomar medidas especiales de protección, tomando en cuenta su situación particular. Se ha entendido a este derecho como:

> [E]l reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y, a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva de las personas[59].

---

55 Mansilla Mejía, María Elena. *Orden Público, Institución Desconocida E Institución Análoga*. En Cuadernos de Trabajo del Curso de Actualización de Profesores de Derecho Internacional Privado. Seminario De Derecho Internacional, Facultad De Derecho. Primera ed. México: Universidad Nacional Autónoma De México, 2009, pp. 89-100. "[…] [S]i la institución que se invoca como derecho adquirido no existe, se estará ante la institución desconocida, en este supuesto el derecho extranjero ya adquirido no será reconocido, respetado ni tendrá eficacia alguna. Atento a lo anterior, una institución será desconocida cuando no exista en un ordenamiento jurídico concreto, lo que puede ocurrir por una laguna de la ley o porque el legislador consideró innecesario incluirla en su sistema jurídico por ser contrario a las necesidades o cultura jurídica de la comunidad" (p. 97).

56 Convención sobre los Derechos del Niño. Ó*p. cit*., artículo 8. Artículo 8.- 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

57 Constitución de la República del Ecuador. Ó*p. cit*., artículo 45. Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar […].

58 Art. 33.- Derecho a la identidad.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, la nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley. Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños, niñas y adolescentes, y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho.

59 Dirección General del Registro Nacional de Población e Identificación Personal. *El derecho a la identidad como derecho humano*. México, 2011, p. 21. http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/Libros2011/Derecho_a_la_identidad_como_derecho_humanoELECTRONICO.pdf (acceso: 31/03/2017).

En tal sentido, el componente esencial de este derecho es el respeto "[a]l derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley"[60].

Es decir que es una obligación del Estado el permitir que el niño preserve su identidad y no interferir en los componentes de este derecho. Esto es de suma importancia pues los niños y niñas, por su condición de vulnerabilidad, necesitan una base sólida con la cual sentirse identificados.

Ahora bien, centrándonos en el caso de las adopciones internacionales, el artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles prescribe que una vez obtenida una sentencia internacional homologada y habiéndose verificado el cumplimiento de todos los requisitos de esa legislación, se habilitaría al registro y la inscripción de la adopción. Por ello, el hijo adoptado adquiriría todos los derechos y obligaciones, de forma similar a lo que ocurre al momento del nacimiento de un hijo biológico.

Sin embargo, al no poder inscribirse la adopción internacional en el Ecuador de parejas homosexuales, se está impidiendo que se genere esta relación filial en el país, imposibilitando al niño o a la niña adoptada adquirir los apellidos de los padres. Esto, sin duda alguna, afecta al desarrollo integral del niño o la niña, pues carece de la identificación esencial que lo vincula con sus padres, por el hecho de que estos tienen una sexualidad diversa.

Esta situación es de particular gravedad puesto que:

> El certificado de registro o inscripción de nacimiento (o adopción) es el documento oficial y permanente que acredita la existencia del niño o niña y su relación con sus padres, resultando fundamental para la realización de sus derechos humanos. Si bien la inscripción de nacimiento no constituye por sí sola una garantía de educación, salud, protección y participación, su ausencia lo deja invisible y por ende excluido y fuera del alcance de quienes tienen la responsabilidad de garantizar el goce de sus derechos (contexto añadido)[61].

En consecuencia, esta omisión, que según muchos funcionarios es intrascendente, la resuelven inscribiendo al niño o niña con los apellidos de uno de los padres o madres, desconociendo así la relación que tiene el otro progenitor y el aporte a su desarrollo, crecimiento y educación. Por consiguiente, existen repercusiones en otros derechos, pues en cualquier trámite de la cotidianidad, como por ejemplo inscripción en escuelas o seguros médicos, el niño o la niña tendrá complicaciones e inconvenientes al no constar inscrito con los apellidos de sus padres y, por tanto, no tiene identificación alguna.

Es decir, el legislador ecuatoriano intenta alcanzar "protección", mal interpretando y utilizando el interés superior del niño, a la conveniencia de continuar prolongando estereotipos y estigmas, desconociendo así la diversidad familiar y los principios reconocidos a nivel constitucional. Con esta norma, se impide que los niños adoptados por parejas homosexuales en el extranjero[62] tengan una identidad, y con ello se los coloca en una situación de vulnerabilidad aun más grave.

---

60 Convención sobre los Derechos del Niño. *Óp. cit.* Artículo 8.

61 Dirección General del Registro Nacional de Población e Identificación Personal. *Óp. cit.*, p. 23.

62 Si bien el artículo analiza las implicaciones de las adopciones extranjeras por parte de parejas homosexuales, no es menos cierto que esta situación se repite a nivel nacional. Las parejas extranjeras al menos tienen la posibilidad de acceder a la figura en otros países, y el problema se presenta al registrar dicha adopción en Ecuador. Sin embargo, a las parejas homosexuales que se encuentran en Ecuador se les impide incluso acceder a la figura, sin tener que llegar al inconveniente del registro, puesto que, como manda la Constitución y la ley, la adopción corresponde a personas de distinto sexo.

5.2. Derecho a una familia

A escala internacional se reconoce la importancia del derecho de la familia de los niños, pues en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia"[63.] A escala nacional, de igual forma, se reconoce su derecho a "tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar"[64]. Sin embargo, en la misma legislación ecuatoriana se plasma lo que se busca proteger como familia, y es este el factor determinante en cuanto a la vulneración del interés superior del niño.

Si bien es cierto que nuestra Constitución "reconoce la familia en sus diversos tipos"[65], y establece que esta se constituye y encuentra su fundamento en vínculos de hecho o jurídicos y en la igualdad de derechos y condiciones[66]; en el mismo cuerpo normativo se empieza a delimitar el concepto de familia, pues en el artículo 68, correspondiente a las uniones de hecho —cuyo reconocimiento a personas LGBTIQ ha sido celebrado como logro en los últimos tiempos— se especifica que la adopción solamente corresponde a parejas de distinto sexo.

Asimismo, en el Código de la Niñez y Adolescencia se plasma la siguiente definición de familia en virtud de su función para con el niño:

> La ley reconoce y protege a la familia como el espacio natural y fundamental para el desarrollo integral del niño, niña y adolescente.
> Corresponde prioritariamente al padre y a la madre, la responsabilidad compartida del respeto, protección y cuidado de los hijos y la promoción, respeto y exigibilidad de sus derechos[67].

De esta forma, en el mismo artículo, se vislumbra lo que el legislador entiende como familia, a pesar de que se intente "maquillar" dicho concepto. Queda claro lo que el legislador quiere y entiende como familia: una unión entre hombre y mujer —sea de hecho, sea matrimonio, o incluso personas solas— y la posible descendencia; por ello, en el caso de adopciones internacionales y su homologación en el Ecuador, dicho concepto queda por fuera del ámbito de protección y, por tanto, no se reconoce.

En tal sentido, la Corte Constitucional de Colombia en sus sentencias C-814 de 2001 y T-717 de 2011 se pronunció con un argumento que refleja lo que el legislador ecuatoriano considera:

> [Que] la adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener una familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual y monogámica, como anteriormente quedó dicho. Desde este punto de vista, al legislador no le resulta indiferente el tipo de familia dentro del cual autoriza insertar al menor, teniendo la obligación de proveerle aquella que responde al concepto acogido por las normas superiores[68].

Esta decisión refleja el pensamiento binario y heterosexista de concebir que una persona —por tener una sexualidad diversa— no es apta para tener una familia, vulnerando en el acto diversos derechos de estas personas, así como el ya mencionado interés superior del niño. Así, se impone normativamente una forma de vida y se rechaza cualquier forma alternativa. Ello refleja una

63 Convención sobre los Derechos del Niño *Óp. cit.*, Preámbulo.
64 Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 45.
65 *Id.*, artículo 67.
66 *Ibíd*.
67 Código de la Niñez y Adolescencia. *Óp. cit.*, artículo 9.
68 Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-814 de 2001. *Cfr*. Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia T-717 de 2011; y Vaggione, Juan Marco. *Las familias más allá de la heteronormatividad… Óp. cit.*, p. 56.

situación "paradójica […], porque antes que pensar en la defensa de los derechos e intereses de los niños, la [sociedad] está primordialmente interesada en defender una concepción de familia única y excluyente, la unión monogámica heterosexual"[69].

En el caso de adopciones internacionales, la legislación extranjera ya la ha avalado y a ese tipo de familia. Sin embargo, al llegar al Ecuador, se niega dicha inscripción y no surte efecto alguno cualquier tipo de relación filial entre los padres o madres, y el hijo o hija. La consecuencia inmediata de esta negativa es impedir un desarrollo pleno del niño dentro de un ambiente familiar.

El legislador, sin duda alguna, comete el error de establecer normativamente "que el interés de todo menor es pertenecer a una familia monogámica y heterosexual"[70], cuando es claro que el concepto de interés superior del niño se refiere a las condiciones particulares de cada niño en un contexto específico. De esta forma, el artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles impregna una visión sesgada de la familia, negando realidades existentes y aduciendo que un niño o niña siempre estará mejor protegido por una pareja heterosexual, porque es la que otorga las condiciones y posibilidades necesarias para un adecuado desarrollo.

No se toma en cuenta que "[t]odas las formas de familia tienen ventajas y desventajas y cada familia tiene que analizarse en lo particular, no desde el punto de vista estadístico"[71]. Por tanto, sería injusto y arbitrario calificar a un tipo de familia como el correcto o el más beneficioso para los niños y niñas, ya que se estaría desconociendo una realidad social inminente, no solo con relación a las familias formadas por personas LGBTIQ, sino también a los abuelos que crían solos a sus nietos, o padres y madres divorciados, separados o viudos que se encargan individualmente de sus descendientes.

6. Test de igualdad y no discriminación

En el presente caso, que a todas luces nos sitúa frente a un escenario de discriminación normativa, es necesario aplicar un test de igualdad, cuyo objetivo sea determinar si la situación en cuestión es o no contraria al derecho de igualdad[72]. Este test saca a relucir si en una ley o acto normativo se puede trasgredir el principio de no discriminación, partiendo del entendido de que existen distinciones que no necesariamente vulneran el principio o que buscan equiparar a dos grupos tradicionalmente supeditados unos a otros. El inconveniente como tal se da cuando el trato distinto tiene una finalidad o deriva en la vulneración de derechos de uno o más grupos[73].

Para poder realizar este test con respecto a la norma analizada, en primer lugar hay que establecer que se realizará con lo dispuesto por la Corte Constitucional colombiana, por tener una relación mucho más cercana con nuestra realidad. Para dicho organismo, el test de igualdad se enmarca dentro de un juicio integrado de igualdad, el cual busca:

69 *Ibíd*.

70 *Ibíd*.

71 Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, párr. 338. Citado por Corte IDH. *Atala Riffo v. Chile*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 24 de febrero de 2012. Párrafo 126.

72 Vásquez, Daniel. "Test de Igualdad y No discriminación". *Test de razonabilidad y Derechos Humanos: Instrucciones para Armar*. *Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 77.

73 *Ibíd*.

> (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución[74].

Es decir, en este juicio integral se busca determinar si se pueden comparar los supuestos de hecho y a los sujetos afectados por el acto o norma, además de verificar si existe o no un trato diferenciado entre estos sujetos; y, en caso de haberlo, si esta diferenciación de trato tiene justificación alguna en la Constitución. Dentro de este estudio de trato diferenciado se integra el test de igualdad, que determina, en primer lugar, el fin que se persigue; luego se analiza el medio empleado y, enseguida, si el medio y el fin tienen una relación específica.

Existen varios niveles de análisis de este test, los cuales permiten aplicar una mayor laxitud o permisividad en cuanto a la diferenciación. El test leve se utiliza ordinariamente para analizar los actos del poder público, debido a la consideración de legitimidad que tienen; sin embargo, se utilizan —en criterio de la Corte Constitucional colombiana— en materias económicas, tributarias, competencias establecidas constitucionalmente a un determinado órgano, leyes derogadas que siguen teniendo efectos en la actualidad, y casos donde *prima facie* no se precise una vulneración al derecho en cuestión[75].

Sin embargo, cuando se encuentra de por medio una categoría sospechosa o en condición de vulnerabilidad con respecto a otros grupos, o en donde se observa a todas luces una discriminación para un grupo con relación a un privilegio otorgado a otros, este test de igualdad adquiere una relevancia mucho más evidente, de modo que el estudio es mucho más estricto, y se requiere necesariamente

> [E]stablecer que si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales[76].

Corresponde entonces realizar el test con respecto al artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, para verificar que se adecúe a los principios constitucionales de igualdad y no discriminación. En cuanto al primer punto del test, referente a la legitimidad, la importancia y la imperiosidad de la restricción, "los fines para los cuales se establece la restricción [deben ser] (…) legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas"[77]; pero además, debe ser este fin legítimamente perseguido de gran importancia para los fines del Estado, y debe ser de imperioso cumplimiento. Si bien no es posible determinar a ciencia cierta qué perseguía el legislador específicamente con esta norma, a partir de los considerandos de la Ley es posible determinar cuáles eran los objetivos de la misma.

Por consiguiente, resalta el hecho de que en los considerandos se reconozca que "las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica y a su **identidad,** nombre y ciu-

---

74 Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia C-015/14 de 23 de enero de 2014*. Párrafo 4.4.1.
75 *Id*., párrafo 4.4.2.1.
76 *Id*., Párrafo 4.4.2.2.
77 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva *OC-6/86* del 9 de mayo de 1986, párrafo 37.

dadanía" (énfasis añadido)[78], así como también la igualdad de las personas independientemente del sexo o la identidad de género y la familia en sus diversos tipos[79]. De estas partes del texto legal se colige que efectivamente existe un fin legítimo, importante e imperioso para el Estado ecuatoriano, pues se busca proteger los derechos de grupos de atención prioritaria, como son los niños en el presente caso, además de la familia en sus diversos tipos, como núcleo central de la sociedad[80].

Ahora bien, el medio empleado para garantizar el fin legítimo previamente pormenorizado debe analizarse con respecto a su legitimidad, y debe verse si es adecuado y necesario para el cumplimiento de dicho fin, siendo éste el menos lesivo en los derechos de las personas.

Para determinar la legitimidad, no solo del fin, sino del medio, debe acudirse nuevamente a lo dispuesto por la Ley en cuestión, la cual persigue garantizar la identidad, la integridad física y psíquica, el nombre y la nacionalidad de los menores, así como la igualdad de las personas independientemente de su sexo o género, y la protección de la familia en sus diversos tipos. Es decir, el medio, en principio, no solo fomenta un goce pleno de los derechos, sino que los debería poner en práctica; por tanto, la ley constituiría *prima facie* un medio legítimo.

No obstante, la limitación en estudio encuentra razón en un sistema heteronormativo, en el que una sociedad extremadamente conservadora busca adecuar el sistema legal a su medida y conforme a sus prejuicios. Evidencia de lo mencionado se observa en la posición que —por lo menos— el ex primer mandatario ecuatoriano Rafael Correa manifestó sobre el asunto. En mayo de 2013, en uno de sus *Enlaces Ciudadanos,* expresó lo siguiente: "No estoy de acuerdo con la adopción de niños por parte de parejas del mismo sexo, porque creo que la naturaleza algo de razón debe tener y que los niños deben estar en la familia tradicional"[81].

Por ende, en lo que respecta a la restricción impuesta por el artículo 46, no presenta un objetivo legítimo pues busca mantener el *statu quo,* realizando una interpretación errada del interés superior del niño: familia tradicional, formada por hombre, mujer e hijos. Se niega así una realidad existente: parejas homoparentales que desean formar un hogar y lo logran con o sin el apoyo del Estado y su ordenamiento jurídico.

En relación con la necesidad e idoneidad, el tercer punto del test, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha manifestado que a este elemento no se lo observa desde el punto de vista de que una restricción o distinción tiene que ser indispensable, útil, deseable u ordinaria para ser válida[82]; sino, por el contrario, lo que se analiza es si existían otras alternativas menos gravosas para alcanzar el fin legítimo. Por consiguiente, se debe analizar si mediante otras medidas se podía igualmente proteger el supuesto legítimo "a la luz de todas las circunstancias"[83].

---

78 Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Considerandos. Registro Oficial Suplemento 684, del 4 de febrero de 2016, en el Registro Oficial Suplemento 684.

79 *Cfr*. *Ibíd*.

80 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 67. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

81 El Universo. "Rafael Correa anuncia que los homosexuales podrán registrar unión de hecho en la cédula", 23 de agosto de 2014 http://www.eluniverso.com/noticias/2014/08/23/nota/3520961/rafael-correa-anuncia-que-homosexuales-podran-registrar-union-hecho (acceso: 31/03/2017).

82 *Cfr*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Handyside v. Reino Unido*, no. 5493/72, 7 de diciembre de 1976, párrafos 48 y 49.

83 Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Klass vs. Alemania*. Aplicación No. 5029/71. 6 de septiembre de 1978. Párr. 42.

El Comité de Derechos Humanos se ha ajustado y profundizado esta idea por medio de la Observación General No. 27, enunciando "que no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; también deben ser necesarias para protegerlos"[84]. En el presente caso, al analizar si existían medidas alternativas que cumplieran con el objetivo, al no ser este legítimo, es complicado encontrar caminos alternos para conservar estereotipos con una raíz basada en la discriminación hacia grupos ajenos a la concepción tradicional y básica de familia.
En cuanto al cuarto punto, se refiere a que las limitaciones deben ser proporcionales, es decir "apropiad[as] para desempeñar su función protectora; [siendo] [...] los instrumentos menos perturbadores para conseguir el resultado deseado"[85]. Es decir, el hecho de restringir el derecho a la identidad[86] y el derecho a la familia[87], mediante la restricción del artículo 46, debe ser lo menos invasiva posible a los derechos de los involucrados, es decir, de los niños, niñas y adolescentes.
Si tomamos en cuenta que el derecho a la identidad engloba el derecho a la familia, el primero consiste "en el reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades"[88], y además refleja la pertenencia a un Estado, territorio, sociedad o familia; elementos necesarios para un adecuado y libre desarrollo de la personalidad. Es posible palpar la relevancia inmensurable que tiene la identidad para una persona. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos actuales han impuesto que el derecho a la identidad tan solo cobre eficacia cuando el niño o niña es registrado en la entidad correspondiente[89], lo cual garantiza un mayor "acceso a (...) derechos políticos y civiles (...) y la posibilidad de acceder a los derechos económicos, sociales y culturales"[90].
En tal sentido, dentro de los requisitos impuestos en el artículo 46, se prohíbe que personas del mismo sexo puedan formar una familia por medio de la figura de la adopción. Se niega —tanto a quienes serían padres como a los niños, niñas o adolescentes que serían adoptados— el derecho a la identidad y a la familia. No obstante, la limitación del artículo 46 va más allá, y se niega a reconocer adopciones realizadas en el exterior por parejas homosexuales; descartando hechos y derechos existentes que ya han generado derechos y obligaciones, es decir, incumpliendo una de las principales características de los derechos humanos referente a la no regresividad.
Por ende, esta negativa es desproporcional y extremadamente peligrosa, ya que los padres o madres de los niños, niñas o adolescentes serían desconocidos, quedando estos últimos forzosamente "emancipados", ya que legalmente no se reconocería la relación filial.
Una vez comprobado que el medio no es legítimo, que las medidas no fueron necesarias ni proporcionales, el test concluye con el estudio de la idoneidad, que consiste en examinar si las restricciones impuestas [...] fueron adecuadas[91] para "contribuir a la realización del objeto

84 Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 27*, 1999, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, párrafos 11-16.
85 *Ibíd*.
86 *Cfr*. Convención sobre los Derechos del Niño. Ó*p. cit*., artículo 8.
87 *Cfr*. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). Artículo 17. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978). Artículo 17.
88 Secretaría de Gobernación, Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, y Dirección General del Registro Nacional de Población e Identificación Personal. Ó*p. cit*., p. 15.
89 *Ibíd*.
90 *Ibíd*.
91 *Ibíd*.

invocado"[92]. En el caso analizado, y por todos los elementos traídos a colación, se colige que el artículo 46 es una restricción que, si bien puede no cumplir con el resto de elementos, está encaminada y cumple el propósito de mantener excluidas a las personas homosexuales y perpetuar prejuicios y estereotipos, bajo el supuesto principio del "interés superior del niño", por tanto atenta contra el principio de igualdad y no discriminación, pese a ser éste un principio rector del Estado ecuatoriano[93].

7. Relevancia práctica de la implementación del artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles

Una vez entendidas las implicaciones de la redacción de este artículo, y de la intención que se encuentra detrás, queda aterrizar este análisis en la vida cotidiana de las personas. En el año 2012, Helen Bicknell y Nicola Rothon, una pareja de lesbianas que habían convivido 14 años en Ecuador, decidieron tener una hija mediante inseminación artificial. Esta bebé, a quien nombraron Satya, no pudo ser inscrita en el Registro Civil pues, a ojos de dicho órgano, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no contempla la figura de doble filiación paterna o materna, y lo que se busca es precautelar la seguridad jurídica de esta figura legal, contenida en disposiciones creadas hace más de 30 años[94].

En el caso mencionado, la niña no pudo ser inscrita justamente porque en la normativa del Registro Civil no se reconocía la figura antes mencionada, trayendo a colación la discusión de qué tan cierto es que el Estado ecuatoriano reconoce a la familia "en sus diversos tipos", y no solamente prevé a la familia como la composición hombre-mujer.

En el año 2016, con la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, esta pareja lesbiana sigue impedida de inscribir a su hija Satya, tomando en cuenta que, en la actualidad, la niña tiene ya aproximadamente cinco años.

Es relevante mencionar que, con respecto a la inscripción de nacimiento de recién nacidos, esta Ley es clara al utilizar los términos "padre" y "madre", dejando un vacío en cuanto al procedimiento para inscribir los apellidos de las dos madres; ahora bien, si se quisiera acudir a una analogía para inscripción acudiendo a la figura de la adopción, nos encontramos con el artículo en análisis, el cual aterriza en el mismo resultado: a ojos del legislador, un menor solo puede ser concebido en sus relaciones de familia en tanto y en cuanto tenga padre y madre.

En estos años de vida, Satya no ha podido gozar de su derecho a la identidad, pues se le ha impuesto una concepción familiar en la cual sus madres no entran, lo cual le impide mantener los estándares mínimos que prescribe el artículo 8 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño y, ya en la realidad cotidiana, se la está privando del vínculo más elemental con sus madres, el compartir el mismo nombre.

92 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Furlán y familiares vs. Argentina. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 29 de noviembre de 2011. Series C No. 238, párrafo 53. *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso de Fontevecchia y D'Amico v. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2011. Series C No. 238, párrafo 53.

93 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11 numeral 2. Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre de 2008.

94 La República. "Pareja lesbiana del caso 'Satya' acudirá a la CIDH". 23 de mayo de 2012. http://www.larepublica.ec/blog/sociedad/2012/05/23/pareja-lesbiana-del-caso-satya-acudira-a-cidh/ (acceso: 03/03/2017).

En este mismo caso, existe una flagrante violación al derecho a la familia que Satya, solo por el hecho de existir, tiene. El Ecuador, a pesar de tener un reconocimiento explícito a nivel constitucional de los "diversos tipos de familia"[95], se basa en la falta de normativa para perpetuar un tipo de familia preconcebido, excluyendo con ello a parejas como Helen y Nicola de la fórmula heteronormativa que impera, de modo que estos grupos resultan estigmatizados y discriminados, y no les es permitido gozar de la familia que tienen.

Tomando en cuenta aspectos elementales como educación, salud o un trámite ordinario como un permiso de salida del país, la privación a Satya de su apellido es una merma considerable al tratamiento equitativo de todas las personas.

De seguir lo sugerido por el Registro Civil —la inscripción de la niña con el apellido de una de las madres—, cuando su otra madre acuda en representación de su hija, estará impedida por la inexistencia de un nexo filial constante en la cédula. En consecuencia, el efecto inmediato es una vulneración a sus derechos, pues implica que se desconoce la pertenencia de la niña a una familia.

8. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se han mencionado constantemente dos conceptos: adopción e interés superior del niño. Está claro que la relevancia de la adopción está en proveer a niños y adolescentes la posibilidad de tener una familia dado que, por uno u otro motivo, no pudieron tenerla antes; junto con la oportunidad que se abre a personas que, deseosas de iniciar una familia, no han podido hacerlo.

Sin embargo, esta posibilidad ha sido concebida desde un inicio por una perspectiva heterosexista y binaria, en la cual todo lo que sale de los parámetros de "normalidad" —entendida como una familia heterosexual, compuesta por un padre, una madre y su descendencia— se concibe como enfermo y vicioso y, por tanto, no puede ser permitido.

En tal sentido, el artículo 46 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, al impedir el registro de adopciones internacionales si se trata de parejas LGBTIQ, vulnera el principio de interés superior del niño, pues se le priva de sus derechos más fundamentales, entre los cuales se encuentran la identidad y la familia, centro del presente análisis.

El privar a un niño de su identidad y su familia por preservar valores moralistas y tradiciones impuestas por la religión contraría las obligaciones adquiridas por el Estado ecuatoriano en materia de derechos humanos, y representa además una contradicción misma entre sus disposiciones constitucionales.

A pesar de la existencia del fundamento de que se intenta proteger a los niños, esta intención se sustenta asumiendo, sin ningún análisis, que en general, por el hecho de tener una sexualidad diversa, una persona no tiene la capacidad de cuidar a un niño o niña. Esto contradice la aplicación del principio del interés superior del niño, que debe tomar en cuenta las condiciones particulares de cada niño y ponderar cada situación para ver lo que mejor convenga al infante adoptado.

Si bien el análisis del interés superior del niño debe ser realizado de forma individual, tomando

95 Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.*, artículo 67.

las circunstancias particulares de cada caso para poder observar qué conviene de mejor forma para el integral desarrollo y el pleno goce de todos los derechos de los menores, se puede observar que la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles no hace sino dificultar de manera considerable la garantía de ciertos derechos: tanto del niño a preservar su identidad y su familia, como la protección a la familia en tanto eje fundamental de la sociedad.